

# BOLETÍN JURÍDICO CCI

20 DE AGOSTO DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



## Contenido

(i) Novedades jurisprudenciales.....	2
1. Declaratoria de caducidad y la imposición de la cláusula penal.....	2

## (i) Novedades jurisprudenciales

### 1. Declaratoria de caducidad y la imposición de la cláusula penal

La subsección b, de la sección tercera, se pronunció en una controversia suscitada en desarrollo de un contrato de suministro de alimentos (PAE). El ponente reiteró la posición de la sección tercera respecto de los criterios que se deben materializar para que proceda la caducidad:

“12.- El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 regula el ejercicio de la caducidad y exige que los incumplimientos del contratista afecten de *<<manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que pueden conducir a su paralización>>*. La jurisprudencia ha interpretado que la norma anterior implica que se deben cumplir los siguientes requisitos:

*<<Previo a resolver el cargo de disenso que se acaba de mencionar, es importante reseñar cuál ha sido la lectura y la conceptualización que la Sección Tercera de esta Corporación ha hecho del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, sobre los presupuestos necesarios para aplicar la potestad excepcional de caducidad, conviene recalcar el siguiente pronunciamiento jurisprudencial<sup>23</sup> [se transcribe de forma literal]:*

*[...] En síntesis, dentro de los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal se encuentran: i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y v) que se haya agotado el debido proceso, esto es, que su ejercicio esté precedido de audiencia del contratista [...]>><sup>24</sup>.*

(...)

14.- *En primer lugar, no es cierto que la declaratoria caducidad se hubiera basado en hechos ocurridos con posterioridad al pliego de cargos, porque las resoluciones demandas se fundamentaron en ocho (8) requerimientos realizados entre enero y marzo de 2011<sup>25</sup> y el pliego de cargos es de abril de 2011.*

15.- En segundo lugar, tampoco es cierto que en el acto se acumularan incumplimientos menores; todo lo contrario, los incumplimientos del contratista fueron graves. La noción de <<incumplimiento grave>> hace referencia a que se afecten las prestaciones centrales del objeto contractual. En este caso, la prueba documental deja en evidencia que el incumplimiento en el que incurrió el contratista era grave. En el expediente está acreditado que el objeto del contrato era prestar el <<servicio de atención alimentaria y nutricional, ítem 3, Almuerzo Víveres, zona 1 y 3 Básica del proyecto restaurantes escolares, para la infancia y adolescencia del Municipio de Medellín>>. Y ese objeto se afectó porque (i) se entregaron alimentos vencidos y de manera tardía; (ii) no se hizo mantenimiento de equipos; y (iii) no se contaba con todas las madres procesadoras exigidas por el contrario ni se les pagaba la seguridad social debida.

(...)

15.3.- Finalmente, está probado que el contratista contrató menos madres procesadoras de las exigidas en el contrato<sup>30</sup>. Además, el contratista pagó un menor valor de la seguridad social de las madres procesadoras en octubre y noviembre de 2010; les pagó tardíamente la seguridad social de enero; y ese mismo mes no pagó completo el salario<sup>31</sup>. Esto claramente es un incumplimiento grave ya que el pliego de condiciones indicaba que ese era el personal <<mínimo>> del contratista. Además, señalaba que las madres se encargaban de la <<preparación y distribución de los alimentos en los restaurantes escolares>>. En ese sentido, si el contratista no cumplía con las obligaciones laborales del personal que se encargaba de procesar los alimentos, también se afectaba la prestación de servicio de atención alimentaria: sin el personal para preparar los alimentos, existía el riesgo de que los niños no los recibieran.

16.- En tercer lugar, los demandantes sostuvieron que los incumplimientos fueron subsanados, por lo que no había riesgo de parálisis del contrato. Argumentaron que el acto administrativo indicó que los incumplimientos llevarían a la parálisis fundándose erróneamente (i) en un informe de la interventoría que no analizó las pruebas presentadas por Alfaba S.A. porque respondió extemporáneamente y (ii) sin analizar autónomamente que varios de los requerimientos se habían subsanado”.

Respecto de la reducción de la cláusula penal en proporción al cumplimiento del contrato, el Consejo de Estado definió que no era procedente:

22.- En ocasiones anteriores esta Sala ha indicado que, para analizar la reducción de la cláusula penal, debe tenerse en cuenta la forma como fue pactada la estipulación<sup>38</sup>. En este caso, la cláusula penal se encuentra en la cláusula décima primera del contrato así:

<<DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas anteriores, EL MUNICIPIO podrá imponer a EL CONTRATISTA en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a EL MUNICIPIO>>

22.1.- Como se puede observar, la cláusula penal pecuniaria podía imponerse en dos eventos (i) ante el incumplimiento o (ii) ante la declaratoria de caducidad. Teniendo en cuenta que se impuso por el segundo evento, no procede la reducción porque así se pactó. Al respecto, la doctrina indica lo siguiente:

<<Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil; es que en el marco de la autonomía de la voluntad, no es lo mismo pactar, respecto de una determinada obligación -principal-, que en caso de incumplimiento -sin distinción alguna- o de incumplimiento total, se causará una pena de determinado valor, que pactar, en relación con la misma obligación -principal-, que en caso de incumplimiento total o parcial de la misma -cualquiera de los dos eventos-; se causará una pena de determinado valor, pues en el primer evento cabe la posibilidad de rebaja proporcional, ya que tiene sentido entender que a incumplimiento total, pena total, y a incumplimiento parcial, pena parcial, pero sin que ocurra lo mismo en el segundo, porque las partes acordaron, que para el caso de incumplimiento, tanto total como parcial, los perjuicios se estimaban en la misma suma plasmada en la cláusula penal correspondiente>><sup>39</sup>.

De acuerdo con la estipulación contractual, el magistrado consideró que no procedía la reducción porque, por expresa disposición de las partes, se estimaba en el diez por ciento (10%) de valor del contrato y su cobro no estaba asociado al

cumplimiento (total o parcial) de las obligaciones del contratista, por lo que no aplica la posibilidad de reducción la cláusula penal si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b, consejero ponente Martín Bermúdez, 6 de junio de 2024, radicado 05001-23-33-000-2012-00888-01, expediente 65983.